

일부청구의 적법성에 관한 연구

梁 炳 晦

(建國大學校 法科大學 教授)

< H 次 >

- | | |
|-----------------------|-------------------|
| I. 처음에 | IV. 일부청구에 관한 법률문제 |
| II. 일부청구의 소송상의 문제점 | V. 맺음말 |
| III. 일부청구에 관한 학설 및 판례 | |

I. 처음에

민사소송에 있어서 법원이 심리하는 대상은 소송요건의 존부와 원고가 판결을 요구한 특정의 청구에 있어서 법적주장이 정당한가의 가부이다. 특히 후자를 소송상의 청구(Prozessualer Anspruch)라고 한다. 소송물은 민사소송의 심판의 대상이고 원고의 신청에 의해 특정되고 심리의 범위와 판결의 대상을 확정한다. 이러한 소송물(Streitgegenstand)은 실정법상의 개념은 아니고 신청과 심리의 범위 뿐만 아니라 판결의 중심적 효력인 기판력의 객관적 범위(제202조), 청구의 변경(제235조) 소의 객관적 병합(제230조)의 여부를 결정하는 기준이 된다.

소송물은 법원의 심리대상이기 때문에, 소송의 시작부터 특정되지 않으면 안된다. 대상이 법원·당사자에 명확하게 되어 있지 않으면, 심리를 개시하고 소송을 진행시킬 수가 없기 때문이다. 민사소송은 청구를 중심으로 진행하고 본안판결의 주문에는 청구에 관한 법원의 판단이 표시된다. 즉, 청구는 권리주장인 면에 있어서 상대방에 대한 주장과, 법원에의 심판요구인 면에 있어서 법원에 대한 주장이라는 양면성을 갖는다.

법원은 원칙적으로 청구의 전부에 대해 판단하지 않으면 안되고, 탈루는 허용되지 않고, 청구의 범위를 넘어서, 이것과는 다른 권리관계에 관해 판결하는 것도 허용되지 않는다(제

188조). 따라서 청구가 특정되어 있는 것이 필요하다¹⁾.

이처럼 청구의 특징은, 법원에 대하여 소송의 충분하고 효율적인 운영의 지침을 제공하고, 당사자에 대하여는 그 소송행위가 지향해야 할 최종목적을 나타내는 것이기 때문이다. 민사소송에 있어서 처분권주의가 작용하는 것이기 때문에 청구의 특징은 원고의 권한인 동시에 책임이기도 하다.

그러나 원고의 편익을 위해 금전 기타 대체물의 일정한 수량을 청구하는 이행소송에서 채권의 일부만을 소송물로 하여 청구하는 경우가 있는데 이를 인정하여야 할 것인가? 그리고 이에 대하여 법원이 판결을 한 경우에 그 판결의 기판력이 나머지 부분에 대하여 미치는가? 등에 관하여는 실무상 법리적으로 문제가 되고 있다.

II. 일부청구의 소송상의 문제점

1. 일부청구의 의의

일부청구(Teilklage)라 함은 일정한 금전이나 대체물 등과 같이 수량적으로 가분인 급부를 목적으로 하는 특정의 채권에 관하여 채권자가 그 임의로 일부를 분할하여 그 일부만을 소송상 청구하는 것을 말한다.

일부청구는 원고가 법원의 법적 견해를 탐지하기 위한 시험소송으로써, 특히 손해배상청구소송에 있어서 일부청구가 이용될 가능성이 있어 중요한 실천적 의미를 가지고 있다²⁾.

일부청구는 주로 소송비용을 절약하면서(Kostenersparnis) 법원의 법률적 견해를 타진하자는데 그 의도가 있다 할 수 있다. 즉, 원고는 법원의 법률적 견해를 타진하여 보고 그 결과 여하에 따라 더 이상의 청구를 단념하든가 청구취지를 확장할 생각으로 일부청구가 행해 지고 있는데 문제가 있다. 오늘날 처럼 교통사고등 각종의 사고가 빈번히 발생하고 있는 것이 사회 문제화 되고 있는 상황에서 법원이 인정하는 과실상계의 비율, 위자료액수의 예측이 어려워 손해배상액을 미리 확정하기란 곤란하기 때문에 과다한 소송비용이나 변호사비용을 절약하여야 하는 필요성에서 일부청구가 현실적으로 이용되고 있다.

일부청구의 문제는 이론적 측면을 갖는 동시에 분쟁의 1회적 해결의 요청과 원고의 권리보호의 요청과의 사이에 서로의 입장이 다르다는 점에 유의하여야 한다. 이러한 일부청구를 인정할 것인가에 따라 소송물의 특징, 잔부청구의 기판력의 범위 등에 관해서는 많은

1) 中野貞一郎 外, 新民訴訟講義, 有斐閣 2000(補訂版), 36면; 이시윤, 민소법, 박영사 1999(新訂3版), 314면.

2) 이시윤, 위의 책, 697면; vgl. Jauernig, ZPR., § 63 II; BGHZ 85, 373 f.

논의가 있어 왔으며³⁾, 분쟁의 1회적 해결이라는 공익적 요청과 당사자의 편의중 어디에 중점을 둘 것인가에 따라 학설들이 나누어져 있다.

2. 일부청구의 인정여부

(1) 일부청구의 인정여부(적법성)에 관한 논의

일부청구의 인정여부(적법성)를 둘러싸고 종래부터 논의가 있었다. 일부청구의 적법성을 둘러싼 종래의 논의는 주로 원고가 소송물이 가분인 경우 자유롭게 청구의 범위를 확정할 수 있는가 하는 처분권주의, 기판력은 원고의 신청범위에 한정되는가 등에 대하여 학설은 나누어져 있다.

단순한 금전채권의 일부청구의 가부에 대해서는 종래의 학설은 크게 나누어 긍정설(또는 적법설)과 부정설(또는 부적법설)로 나누어졌고, 최근에는 후유증이나 후발손해의 문제를 포함해서 잔부청구를 행하는 것이 구체적으로 가능하고 당사자에게 요구할 수 있는가 라고 하는 새로운 시점에서 고찰하는 구체적 절차보장설도 등장하고 있다.

(2) 일부청구와 소권의 남용문제

다액의 채권을 소액심판법의 적용을 받을 목적으로 1개의 채권을 여러개의 소액채권으로 분할하여 제소하는 경우에는 소권의 남용으로 보아 소를 각하하도록 하였다(소액사건심판법 제5조의 2). 이는 원고가 다액의 채권을 소액사건으로 분할하여 제소하는 것은 신의칙에 반하는 소송이기 때문이다⁴⁾. 소권의 남용 내지는 신의칙 위반으로 되는 경우를 제외한 경우에 원고가 수량적으로 가분인 급부를 목적으로 하는 특정의 채권 특히 금전채권을 임의로 분할하여 그 일부만을 소구할 수 있는가, 소송물은 채권의 전부인가, 일부인가 등의 여러 가지 문제가 발생한다.

3) 김홍균, 「일부청구의 소송상의 취급」, 고시연구 1974/6, 84면; 호문혁, 「일부청구와 기판력」, 사법행정 1992/3, 72면이하; 村松俊夫, 「金錢債權の一部請求」, 민訴難考 78면이하; Batsch, Zur materiellen Rechtskraft bei Teilklagen und zur Repräsentationswirkung des Klageantrags, ZZP 86, 264.

4) 호문혁, 민소법, 법문사 2000, 585면.

III. 일부청구에 관한 학설 및 판례

1. 일부청구 긍정설

일부청구 긍정설(또는 전면적 적법설)은 전소에서 일부청구임을 명시하지 않았어도 후소에서 전소의 청구는 일부청구였음을 주장하면 후소는 적법한 것으로 된다. 그 때문에 당사자 간의 분쟁이 언제까지라도 계속할 가능성이 있다. 예를 들면 甲이 당초 자신의 전 손해액은 7000만원이라고 생각했더라도 후소에서 전손해는 7000만원을 초과하고 또한 잔부청구(Restanspruch)까지 있다고 하면 몇번이라도 별소의 제기가 가능하게 된다.

채권의 분할행사가 인정되므로 가분적인 채권의 일부청구의 경우에 그 일부임을 명시한바 없어도 잔부와 관계에서 독립의 소송물로 보아야 한다. 일부청구에 의한 소송물의 분할을 허용하여 일부청구의 소송물은 언제나 청구한 일부이고 따라서 그 일부청구에 대한 확정판결의 기판력은 잔부에 미치지 않는다고 한다⁵⁾.

원고가 전소에서 일부청구라고 명시하였느냐의 여부를 불문하고 동일채권의 잔부를 후소로 청구하는 것을 허용한다. 이는 사적자치의 원칙에 따라 채권의 분할행사가 인정되고 상계의 항변(일부상계)이 인정되고 있다는 점, 소송법상으로도 당사자 처분권주의가 원칙으로 되는 심판대상인 소송물의 특징은 원고의 권한인 동시에 책임이라는 점이 강조된다. 특히 손해배상청구소송에서는 손해액의 예측이 곤란하다는 점 등을 근거로 일부청구를 인정하되, 극단적인 분할소구는 소권의 남용으로 처리하여도 되므로 신속하고 저렴한 소송경제적인 권리보호의 관점에서도 일부청구가 필요하다고 한다.

긍정설에 의하면 일반적으로 한개의 채권의 일부청구와 잔부청구의 소송물은 언제나 별개의 소송물이 되므로 일부청구의 소송계속중 별소로 잔여부분 청구를 하더라도 중복 제소금지에 저촉되지 않게 되며 일부청구에 의한 소멸시효중단의 효과는 잔여부분에 미치지 않는다. 또한 청구의 감액은 소의 일부취하가 된다.

그 중에는, 일부에 대하여 사전에 명시할 필요는 없고, 후소에서 잔여부분인 것을 나타내면 된다는 전면적 긍정설과 사전의 명시가 필요하고 이러한 것이 없을 때에는 원고의 주장여하에 따라 일부인가 전부인가를 판단하고, 일부인가 전부인가가 불분명한 때에는 전부로 취급할 수 있고, 이 때 잔여부분의 청구는 허용되지 않는다고 하는 제한적 긍정설이 있다.

5) 방순원, 민소법, 한국사법행정학회 1987, 605면; 이영섭, 민소법, 박영사 1982, 194면; 호문혁, 앞의 책, 585면; 小室直人, 民訴法講義, 1987(改訂6版), 68面; 伊東乾, 「判例批評」, 民商法雜誌 1963(昭38), 48卷5号765面이하; Jauernig, aaO, § 63II; Zeiss, ZPR, 8.Aufl.1993, § 72, Rdn. 581.

2. 일부청구 명시설(제한적긍정설)

전면적 긍정설의 위와 같은 근본적 문제점 때문에 긍정설을 주장하는 견해에도 거의 전소의 단계에서 일부청구임을 명시할 것을 요구하는 제한적 긍정설의 입장에 서 있다.

이 설은 원고의 소송물 분할을 인정하면서 분할청구하는 방식에 차이를 두어 원고가 전소에서 일부청구임을 명시한 경우는 잔부청구가 차단되지 않으나, 일부청구인 것을 명시하지 않은 경우에 소송물은 전부청구인 것으로 되고 후소에서 잔부를 청구하는 것은 허용되지 않는다는 견해이다. 이 설은 우리나라와 일본의 통설⁶⁾과 판례⁷⁾이다. 즉, 1개의 채권의 수량적인 일부에 대해서만 판결을 구하는 취지를 명시해서 소가 제기된 경우 소송물이 되는 것은 위 채권의 일부의 존부만이고, 전부의 존부는 아니다. 따라서 위 일부청구에 대해서 확정판결의 기판력은 잔부청구에는 미치지 않는다고 한다.

잔액청구에 기판력이 미치는가의 여부는 오로지 전소에서 일부청구인 것이 명시되어 있는가에 관련되어 왔다. 확정판결후의 후유증에 의한 손해의 배상청구에 관해서 판례의 기준시 전의 손해의 배상청구와 기준시 후에 후유증에 의해 발생한 손해의 배상청구와는 각각 소송물을 달리하기 때문에 별개의 소송물로 보고 새로운 청구를 허용하여야 할 것이다.⁸⁾

3. 일부청구 부정설

(i) 양적으로 분할급부가 가능한 일정액 또는 일정량의 급여를 목적으로 하는 특정채권에 있어서는 그 채권을 전체로 일시에 주장하는데 법적장애가 없는 한 분할청구는 일체 인정되지 않는다는 견해(전면적 부정설)이다. 일부청구는 심판범위특정의 원칙에 저촉되므로 허용되지 않는다. 일부를 청구하여도 전부청구로 보며, 소송물은 채권전부이다. 일부청구 후의 잔액청구는 원칙적으로 허용되지 않는다고 한다.⁹⁾

부정설은 일부청구를 인정하면 원고의 자의적인 소송물의 분리를 허용하는 것이 되고 기판력의 실질적인 저촉이나 피고 또는 법원의 부담이 부당하게 증가하여 소송운영의 혼란을 가져옴으로써 이행기가 다르다거나 담보권의 설정의 유무 등 법률상 구별할 수 있

6) 이시윤, 앞의 책, 698면; 정동윤, 민소법, 법문사 1995, 238면; 송상현, 민소법, 박영사 1999, 562면; 강현중, 민소법, 박영사 1999, 357면; 小山昇, 民訴法, 1989, 373면이하, 菊井=村松 註釋 民訴法1, 1993, 110면.

7) 大判 1993.6.25, 92다33008; 同 1988.10.11, 87다카1416; 同 1982.11.23, 82다카845; 同 1977.3.22, 76 다 839; 日最判 1967(昭42).7.18, 民集 21-6-1559; 同 1959(昭 37). 8. 10, 民集 16-8-1720.

8) 同旨: 이시윤, 앞의 책, 699면; 大判1980.11.25, 80다1671; 日最判 1967(昭42).7.18, 民集 21-6-1559; vgl. Jauernig, aaO, § 39II, 2.

9) 小室直人, “一部請求の訴訟上の取扱,” 法學教室一期 第一號 62面; 新堂幸司, 民訴法, 1990, 227面; 김홍규, 민소법, 삼영사 1999(제4판), 379면; 동, 「일부청구의 소송상의 취급」, 손해배상법의 제문제, 1990, 809면.

는 표식이 있는 경우를 제외하고 전체가 소송물이 되고 일부청구는 그 상한을 긋는 것에 지나지 않고 기판력은 전체에 미친다고 한다¹⁰⁾.

이 설에 의하면 수량적으로 가분인 채권의 임의의 일부에 대한 분할청구는 전부청구이므로 그 소송의 계속중에 잔부를 추가 청구하는 것은 소의 변경이 아니라, 청구의 확장에 지나지 않으며, 그 일부의 금액은 소의 취소가 아니라, 청구의 감축이므로 소송물 자체의 변동은 없다고 한다.

(ii) 금전채권의 일부가 이행기의 차이, 담보권의 유무, 반대급부에 걸리는 등 잔부와 구별할 수 있는 경우에는 일부청구임이 인정되나, 그렇지 않은 경우에는 임의로 분할하여 청구해도 소송물은 언제나 전부로 취급되고 후에 잔액이 있다는 주장은 할 수 없다¹¹⁾. 즉, 이행기가 다른 것과 같이 일부청구를 특정할 수 있는 식별표식이 있는 경우에만 예외적으로 소송물은 당해 일부청구에 한정되어 잔부청구의 후소가 인정되지만, 일부청구를 특정할 수 없는 경우에는 청구취지의 확정이 없기 때문에 부적법하다고 한다(制限的否定說 또는 識別說)¹²⁾.

이 설은 청구된 부분이 나머지 부분과 식별될 수 있는 표준이 있는 경우(예컨대 이행기가 다르다거나 담보권이 미치는 부분 등)에는 그 부분을 일부청구로 인정해도 지장이 없고 소송물의 범위도 이 부분에 한정되어 기판력도 다른부분에는 미치지 못하나, 그렇지 않은 경우에는 불가분적으로 소송물이 되고 기판력도 채권전체에 대해 발생하며, 판결 확정 후에 잔액이 있는 것을 주장하여 재차 구할 수 없다고 한다.

이 설에서 일부청구를 원칙적으로 금지하려고 하는 것은, 판단저축의 가능성이 있는 점과 과실상계처리의 곤란 등이 있기 때문이다.

결국 이 설에 의하면 일부청구임을 명시한 경우에는 처분권주의를 중시하여 원고의 분할청구의 이익을 보호하여 전면적 긍정설과 같은 일부청구를 긍정하고, 명시하지 않은 경우에는 분쟁의 1회적 해결의 요구를 중시하여 피고 또는 법원의 이익 실현을 도모하여 일부청구부정설과 같은 결론에 이르게 된다.

일부청구부정설이 말하는 채권일부의 특정 유무에 따라서 잔부청구의 적부를 가리는 입장이 형식적이라고 비판되는데 대하여 일부청구가 명시되었느냐의 기준은 보다 기능적이라고 할 것이다. 즉, 일부청구인 것이 명시되면 심판대상이 나누어지는 것이 피고에게도 명확하게 되고 잔부청구가 전소의 기판력에 의해 차단되지 않아도 피고의 절차보장이 충족되므로 부당하지 않다고 본다¹³⁾.

10) 兼子一/竹下守夫, 條解民訴法(2), 1986, 613면이하.

11) 兼子一, 「確定判決後の殘部請求」, 民事法研究 I, 391面參照.

12) 김홍규, 앞의 논문, 817면, 정동윤, 앞의 책, 260면 참조.

13) Vgl. BGH NJW 95, 1614; Thomas/Putzo, aaO, § 322 6 a).

IV. 일부청구에 관련된 구체적 법률문제

1. 일부청구와 기판력의 범위

가분채권의 일부청구에 대해서 판결을 한 경우에 잔부채권에 대하여 기판력이 미치는가의 여부는 학설에 따라 그 입장이 나뉜다. 일부청구긍정설에 의하면 일부청구가 소권의 남용인 경우를 제외하고는 기판력은 그 일부에 대해서만 생기고 그 잔부채권에 대해서는 생기지 않는다고 한다. 따라서 새로 잔부청구가 가능하다는 견해이다.

이에 반해 일부청구부정설은 채권액의 일부만을 소구하여도 채권전체가 소송물이 된 것으로 보고 잔부청구의 후소는 원고의 승·패소를 불문하고 기판력에 의해 차단된다고 한다.

그러나 절충설에 따르면 일부청구를 명시한 경우에는 소송물로 되는 것은 당해 일부 뿐이고 잔부에는 기판력이 미치지 않으나, 일부청구를 명시하지 않은 경우에는 소송물은 전부이므로 원고가 다시 그것이 일부청구였다고 주장한다고 해서 잔부청구를 허용하는 것은 옳지 않다고 하며, 판례도 전소에서 일부청구임을 명시하여야 후소의 잔부청구가 기판력에 저촉되지 않는다고 하여 같은 입장이다¹⁴⁾.

2. 一部請求와 過失相計

일부청구의 실용성은 과실상계를 법원이 할 가능성이 있는 경우에 특히 중요하다. 예를 들어, 원고가 손해액 7천만원중 2천만원만 우선 청구하였는데, 심리결과 원고측의 과실이 인정되고 원고의 과실비율이 50%라고 한다면 판결의 인용액은 얼마나 해야 할 것인가의 과실상계의 문제가 있다. 특히 일부청구를 하였을 때 과실상계의 방법에 대해서는 학설이 나뉘고 있다. 안분설은 위의 사례에서 우선 청구한 2천만원 중에서 40%의 과실상계를 하여야 한다고 한다. 따라서 인용액은 1200만원이 될 것이다. 이처럼 과실상계로 감액해야 할 부분을 청구금액과 청구의 금액으로 안분한다는 의미에서 안분설이라고 한다. 이 설이 근거로 하는 것을 보면, 우선 과실상계는 특정의 청구권에 대한 항변권은 아니므로 원고가 공제될 부분을 지정하는 것은 허용되지 않는다는 점을 든다. 그리고 소송물이 되는 것은 청구된 손해부분뿐이므로 청구되지 않은 잔액부분에 대하여 과실상계를 하는 것은 처분권주의에 반하게 되며 이론적으로 일관성이 없다고 한다.

14) 대판 1993.6.25, 92다33008; 동, 1989.6.27, 87다카2478; 송상원, 앞의 책, 485면; 호문혁, 앞의 책, 585면.

이에 대하여 外側說은 우선 손해금 총액을 확정해 놓고 그로부터 과실상계를 하고, 남은 잔액이 원고의 청구액을 초과하는 때에는 청구액의 한도에서 인용할 것이고, 잔액이 청구액에 미달할 때에는 잔액대로 인용하여야 한다는 견해이다¹⁵⁾. 따라서 위의 설례에서는 우선 2천만원 부터 40%를 과실상계하고, 그 나머지 1200만원이 청구액을 초과하므로 청구액의 한도에서 1천만원의 인용판결을 하여야 한다고 한다. 우리나라와 일본의 판례¹⁶⁾이다. 판례가 외측설을 근거로 하는 점은 무엇보다도 손해배상청구소송의 실무상, 대부분의 경우 이렇게 처리하는 것이 일부청구를 한 당사자의 의사에 부합하고 처분권주의의 취치와도 합치된다고 한다¹⁷⁾.

원고가 일부만을 청구하는 것이 자기에게 과실을 인정하여 스스로 미리 감액하여 청구하는 경우에는 당사자의 의사를 해석하여 적용하여도 무방할 것이다. 따라서 원고의 묵시적 일부청구의 경우는 외측설에 따라 과실상계를 하여도 좋으나 명시적 일부청구의 경우에는 안분설에 따라 과실상계를 하여야 한다고 한다.

즉, 묵시적 일부청구의 경우에는 일부유보의 의사를 표시한바도 없고 특히 손해배상청구 사건으로 과실상계가 될만한 사건이라면 실로 전부청구인데, 피해자가 자기의 과실을 고려하여 그 만큼을 감액하여 일부청구하기에 이른 것으로 보아도 무리가 없다고 한다. 따라서 이 경우는 손해총액에서 과실상계를 하는 외측설에 따라도 무방하다고 한다. 그러나 명시적 일부청구의 경우에는 일부유보의 의사를 표시한 경우이므로 외측설을 그대로 관철할 수는 없다고 한다. 그러므로 명시적 일부청구의 경우는 안분설에 따르는 것이 타당하다는 주장도 있다.¹⁸⁾

3. 一部請求와 時效中斷

재판상 청구를 하면 시효중단이 되는데(민법 제168조) 양적으로 가분인 청구권을 분할하여 일부만을 청구한 경우에 그 제소에 의한 시효중단의 효과는 어느 범위에서 발생할 것인가가 문제된다. 예를들어 우선 일부를 청구하고 법원의 견해를 타진해가면서 후에 청구를 확장하고자 하는 의도로 일부청구를 하였는데, 그 확장을 요구하는 서면을 제출하기 전에 소멸시효기간이 경과한 경우에 당초의 일부청구에 전청구의 시효중단 효과를 부여할 것이냐 아니면 당초의 일부청구에는 당해부분만의 시효중단의 효과를 인정하고 잔부에 대하여는 시효완성을 인정해야 할 것이냐가 문제된다.

15) 김홍규, 앞의 책, 477면.

16) 대판 1991.1.25, 90다6491; 同 1976.6.22, 75다819; 日最判 1994 (平6).11.22, 民集 48-7-1355; 同 1973(昭 48).4.5, 民集 27-3-419.

17) 이시윤, 앞의 책, 422면; 김홍규, 앞의 책, 478면.

18) 호문혁, 위의 책, 285면 참조.

이 문제는 일부청구의 경우, 소송물은 당해 일부만인가 아니면 그 권리 전체인가가 문제된다. 이 문제에 관하여는 오래전부터 두가지 견해이 대립되어 있다. 즉 시효중단이 인정되는 근거가 권리자의 단호한 행사에 의하여 권리위에 잠자는 것이 아님이 일정한 형식으로 명확히 표명된 점에서 구하는 권리주장설¹⁹⁾과 권리의 존부가 판결에 의하여 확정되고 계속된 사실상태가 소송계속의 효과로부터 구하는 권리확정설의 대립이 있다. 우리의 판례²⁰⁾는 권리주장설을 따르고 있다.

일부청구긍정설에 의하면 일부청구임을 명시하여 제소한 경우 언제나 명시된 그 일부만이 소송물이 되므로 그에 대해서만 시효중단의 효력이 생기고 잔부에 대하여는 그 소송진행중에도 시효가 진행하게 된다. 따라서 명시적 일부청구인 한 그 일부만이 소송물이고, 따라서 시효중단의 대상이 되는 것도 그 일부이며, 잔부에 대해서는 별소를 제기하거나 청구취지확장신청서를 법원에 제출한 때에 시효중단의 효력이 생긴다고 할 것이다²¹⁾. 그러나 일부청구부정설에 의하면 중단의 효력은 일부청구뿐만 아니라 잔부청구 전체에 대하여도 생기게 된다.

우리 판례는 명시적이든 묵시적이든 불문하고 잔부에 대하여서는 중단의 효력을 부인하는 일부중단설의 입장²²⁾을 취해 왔으나 최근에는 절충설을 취하고 있다²³⁾.

4. 一部請求와 重複提訴

소의 제기에 의하여 소송계속이 생기면 당사자는 동일한 사건에 대하여 중복해서 소를 제기할 수 없게 되는 것(민소법 제234조)을 중복제소의 금지라고 한다. 금지되는 중복제소가 되기 위하여는 전후 양소에 있어서 양당사자가 동일하고 청구(소송물)가 동일한 사건이어야 한다. 그런데 전소가 가분인 급부의 일부를 청구하는 소이고 후소가 그 잔부를 청구하는 소인 경우에 전후 양소의 소송물이 같은가가 문제된다. 이와 같은 문제는 위에서 살펴본 바와 같이 일부청구의 적법여부에 관한 견해에 따라 잔부를 어떻게 처리할 것인가에 관하여 설명할 수 있을 것이다.

일부청구 부정설의 입장에서는 급전 또는 대체물채권의 일부에 관하여 소송계속중에 잔부에 대하여 별소를 제기하는 것은 당연히 중복제소에 해당하여 후소는 부적법하다고 본다.

19) 이시윤, 앞의 책, 365면; 방순원, 앞의 책, 236면.

20) 대판(전) 1993.12.21, 92다47861; 同 1979.7.10, 79다569; 同 1971.3.23, 71다37 참조.

21) 이시윤, 앞의 책, 367면; 대판 1992.12.8, 92다29924; 동 1970.4.14, 69다597 참조.

22) 대판 1975.2.25, 74다1557; 同 1970.4.14, 69다597 참조.

23) 대판 1992.12.8, 92다29924; 동 1992.4.10, 91다43695; 방순원, 앞의 책, 236면; 김홍규, 앞의 책, 501면; 이시윤, 앞의 책, 367면.

또 일부청구를 긍정하는 입장에서는 여러 견해가 대립하고 있다. 우선 일부청구가 계속 중에 청구취지의 확장에 의하여 잔부청구를 별소로 제기하는 것은 중복제소가 된다는 견해가 있으며²⁴⁾, 중복제소는 아니나 남소가 될 여지가 있다는 주장도 있다²⁵⁾.

이에대해 판례는 일부청구가 계속된 경우는 청구취지의 확장에 의해 잔부청구를 할 수 있으므로 중복제소가 된다고 한다²⁶⁾.

그밖에 전소가 명시적 일부청구인 경우에는 중복제소가 아니나, 명시하지 않은 묵시적 일부청구인 경우에는 중복제소가 된다는 견해가 있는데²⁷⁾, 현재의 판례이며 유력설의 하나이다.

5. 一部請求와 上訴의 利益

2000만원의 지급을 구하기 위하여 소를 제기하고 신청대로의 금액을 인용하는 판결을 받은 갑이 실제로는 채권액이 5000만원이었다고 주장하여 잔액 3000만원의 지급을 구하기 위하여 상소를 제기할 수 있을 것인가? 형식적 불복설에 의하면 제1심에서 전부승소한 원고가 소의 변경 혹은 청구취지의 확장을 위하여 상소를 하는 것은 허용되지 않으므로 갑의 상소는 부적법하다고 하게 될 것이다²⁸⁾. 그러나 통설은 형식적 불복의 예외를 인정하여 기판력에 의하여 차단되어 별소를 제기할 수 없게 된 경우에는 실질적 불복설에 따라 전부승소한 원고의 상소를 인정하여야 한다²⁹⁾고 하였다. 일부청구에 대해 부정설이 취하는 입장에서는 그 전 채권전액을 소송물로 하여야 하고 잔부를 별소로 청구할 수 없으므로, 제1심에서 전부승소한 원고에게 잔부를 추가청구하기 위한 항소를 인정하여야 한다.

청구가 명시적 일부청구인 경우에 통설인 제한적 긍정설에 의하면 이 경우는 잔부청구의 별소가 차단되지 않으므로 청구취지확장을 위한 상소를 인정할 필요가 없을 것이라 하고 있으며, 청구가 묵시적 일부청구인 경우에는 별소에 의한 잔부청구는 허용되지 않는다고 한다.

6. 一部청구와 손해배상청구권의 문제

예견하지 않은 후유증이나 후발적 손해에 대해서는 전소에서 청구할 수 있었음에도 불

24) 방순원, 위의 책, 354면; 송상현, 앞의 책, 322면; 강현중, 앞의 책, 303면; 정동현, 앞의 책, 272면.

25) 이시윤, 앞의 책, 362면은 이 경우 우선 移部, 移送 등으로 절차의 단일화를 시도하여 보고 그것이 잘 안될 때에는 후소를 각하하여야 한다고 하였다(單·節次併合說).

26) 대판 1977.3.22, 76다839.

27) 정동윤, 앞의 책, 261면; 호문혁, 민소법, 146면참조.

28) 대판 1995.9.5, 95다17908, 17915; 同 1983.10.25, 83다515.

29) 정동윤, 앞의 책, 265, 748면; 대판 1994.6.28, 94다3063참조.

구하고 청구할 수 없었음을 이유로 명시적 유무에 상관 없이 후소에서 인정된다. 일부청구를 원고측의 사정과 상대방의 신뢰확보의 균형에 따라서 결정하는 것이고, 일반적·확실적인 기준은 없다.

판례는 원고의 부상으로 인한 후유장애의 정도가 그 치료의 필요성, 기간 등에 있어서 변론종결 당시 예상할 수 없었던 경우가 아닌 한, 원고가 전소에서 최종 사실심 변론종결일에 근접한 일자까지 소요된 치료비임을 밝혀 치료비청구를 한 것만으로써는 이를 명시적 일부청구라고 볼 수 없다³⁰⁾.

일부청구를 긍정하면 시험소송이나 소송물의 자의적인 분리가 행해진다고 일부청구 부적법설은 주장한다. 그러나 그와 같은 예외적인 사태에 대해서는 신의칙이나 소권의 남용으로 처리하면 족할 것이다. 후유증이나 후발적 손해에 대해서는 명시적이 아니어도 후유증을 인정하는 것은 당사자의 예측가능성이나 절차보장·기판력제도의 취지에서 문제는 없다고 생각되고, 통상의 경우에도 후유증을 후소에서 원고가 입증할 수 있는 것에 한하고 명시한 일부청구라면 피고도 충분히 후소의 가능성을 예측할 수 있기 때문에 적법하다고 할 것이다.

실제문제로서는 불법행위에 기한 손해배상청구의 시효기간이 3년으로(민법제 766조) 시효중단의 효력은 소송물이 되는 일부청구의 부분에 한하므로 잔부청구의 가능성은 거의 높지 않다는 것도 유의해야 할 것이다. 그러나 가령 전소에서 전부청구라고 명시되어 있어도 기준시 후의 후유증에 의한 손해의 배상청구의 후소는 전소의 기판력에 차단되어야 할 것은 아니라는 것은 일치해서 인정되고 있는바이고, 또 일부청구라는 것이 명시되어 있으면 원고패소의 경우에도 통상 후소가 허용되는 것이 좋더라도 문제가 된다.

교통사고로 인한 손해배상소송의 소송물을 항목별로 구분하는 3분설이나 2분설에서는 상기와 동일한 문제가 발생한다. 예컨대 소송물을 적극적 손해, 소극적 손해, 정신적 손해로 3분하는 판례에 의하면 손해배상을 구하는 일부청구에서는 각 항목으로부터 얼마씩 청구된 것인가를 명확히 표시하지 않으면 소가 부적법하게 된다.

V. 맺음말

일부청구는 주로 금전의 급부청구의 경우에 원고가 소송물인 가분의 급부청구권의 일부만을 청구하는 청구방법이고 그 적법성을 둘러싸고 종래부터 논의가 있었다.

일부청구의 적법성을 둘러싼 종래의 논의는 주로 원고가 소송물이 가분인 경우 자유롭

30) 대판 1988.10.11, 87다카1416.

게 청구의 범위를 확정할 수 있는가 하는 처분권주의, 기판력은 원고의 신청범위에 한정되는가 등에 대하여 학설은 나누어져 있다.

단순한 금전채권의 일부청구의 적법성에 대해서는 종래의 학설은 크게 나누어 일부청구 긍정설과 부정설로 나누어졌었다. 그러나 단순한 금전채권의 분할청구가 아니고 후유증이나 후발손해에 기한 손해배상청구에 대해서는 당초의 청구단계에서는 예상할 수 없었던 손해인 동시에 청구를 전소에서 하는 것은 합리적으로 기대할 수 없었던 이상 기판력에 의해 차단된다고 하는 것은 피해자에게 지나치게 가혹하다.

최근에는 후유증이나 처음의 손해배상청구단계에서는 예상할 수 없었던 후발손해의 문제를 포함해서 나머지 청구를 하는 것이 구체적으로 가능하는가 라고 하는 문제를 고찰하는 구체적 절차보장의 문제를 제기하는 주장도 등장하고 있다.

일부청구는 원고가 법원의 법적견해를 미리 알아보기 위한 일종의 시험소송으로써, 특히 손해배상청구소송에 있어서 일부청구가 이용될 가능성이 있어 중요한 실천적 의미를 가지고 있다. 최근 우리나라의 “H”당은 정부로부터 국고환수의 제소를 당하자 이에 대한 맞소송을 제기하려 하였으나 인지대만도 20억에 가까운 소송비용때문에 보류하였다는 신문기사가 있다(동아일보 2001. 2. 6, A4면참조). 손해배상 등의 소송에서 피해를 입은 개인의 경우에 그 비용, 적어도 인지대를 부담할 수 없는 경우도 있을 수 있다고 보아 일부청구의 법리적 문제와 권리보호라는 현실적 측면에서의 사법정책적 고려가 필요하다고 생각한다.

일부청구의 가부에 대해서는 학설의 대립은 오히려 법정정책적인 관점이 크게 반영되고 소송물을 분할하는 원고측의 편의나 경제적으로 전체의 소송비용을 감당할 수 없는 원고가 일부만을 청구한 후에 잔부를 청구할 필요성과 피고의 응소의 번잡이나 소송경제, 판결효의 실질적 저축이라고 하는 법원의 소송운영등을 고려하여 판단하여야 할 것이다.

〈參考文獻〉

- 강현중, 민사소송법, 박영사, 제3전정판 1999.
김홍규, 민사소송법, 삼영사, 제4판 1998.
방순원, 민사소송법(상), 한국사법행정학회, 1987.
송상현, 민사소송법, 박영사, 신정2판 1999
이시윤, 민사소송법, 박영사, 신정3판 1999.
-- 「소송물에 관한 연구」, 육법사, 1980.
이영섭, 민사소송법(상), 한국사법행정학회, 1982.
정동윤, 민사소송법, 법문사, 제4전정판 1995.
호문혁, 민사소송법, 법문사, 2000.
Jauernig, O., Zivilprozeßrecht, 25. Auflage, 1998
Rosenberg/Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15. Auflage, 1993
Thomas/Putzo, ZPO-Komm., 20. Auflage, 1997
Zeiss, W., Zivilprozeßrecht, 8. Auflage, 1995

Zusammenfassung

Die Zulässigkeit der Teilklage

Prof. Dr. Byung-Hui Yang

(Jur.Fakultät der Konkuk Univ. Seoul)

Die Teilklage bezeichnet ein Verfahren, in dem nur über einen Teil des Streitgegenstands, d.h. des verfügbaren Leistungsanspruchs entschieden wird. In den meisten Fällen handelt es sich um Geldleistungsansprüche. Erörterungen über die Gesetzmäßigkeit wurden schon seit langem angestellt.

Hier sind zwei verschiedene Fragenstellungen zu unterscheiden. Der erste Themenkreis beschäftigt mit sich der Frage, ob der Kläger berechtigt ist, den Umfang des Anspruchs frei zu bestimmen. Man spricht hier von einer Dispositionsmaxime. Der zweite Themenkreis befaßt sich mit der Frage, ob die Rechtskraft auf den Umfang des vom Kläger erhobenen Antrag beschränkt werden soll.

Bisher haben sich die Auffassungen über die Möglichkeit der Erhebung einer Teilklage über Schuldscheine entweder affirmativ oder negativ ausgedrückt. Neuerdings werden aber auch Erwägungen erhoben, ob Möglichkeit eines Verfahrens bestehen, Anspruch auf den nicht eingeklagten Rest des teilbaren Anspruchs zu stellen, einschließlich auf Verletzungsfolgen, dessen Eintreten im Stadium des Schadensersatzanspruchs noch nicht vorhersehbar waren.

Die Teilklage ist ein Prüfungsverfahren, durch das der Kläger die Meinung des Gerichts im voraus feststellen kann. Besonders ist die Teilklage im Schadensersatzanspruchsverfahren von praktischer Bedeutung. In Bezug auf die

Teilkaſe sollten die jeweiligen Interessen des Klägers, des Angeklagten, des Gerichts zum Vergleich und zur Erwägung herangezogen werden. Hinzu sollte beim Aufstellen einer Theorie über Bewertungsnormen der Interessen, Rücksicht auf die verschiedenen Ansichten genommen werden.